

【論 説】

被侵害者の意思と緊急救助

津 田 重 憲

目 次

- 一 緒 論
- 二 緊急救助における被侵害者の意思
 - (一) 「否定説」
 - (二) 「制限肯定説」
 - (三) 「(全面) 肯定説」
- 三 緊急救助権の正当化原理による根拠づけ
- 四 結 論

一 緒 論

ドイツ刑法三二条二項（旧ドイツ刑法五三条二項）⁽¹⁾ およびわが刑法三六条一項によれば、正当防衛権は、急迫・不

正の侵害に対して、「自己」または他人」の権利を防衛する為に行使できることを明確に規定している。この場合、「他人のための正当防衛」のことを「緊急救助」(Nothilfe oder Notwehrhilfe)と称しているが、この「緊急救助」については、ドイツでは比較的古くから研究の対象として採り上げられ、その概念や成立要件などが大いに論争されてきた経緯をもつが、わが国においては、戦前から戦後にかけて、わずかに一部の刑法体系書や教科書において触れられていたにすぎず⁽³⁾、それほど関心が寄せられていたわけではなかった。しかし、ここへきて、「緊急救助」に関する優れたモノグラフィが相次いで出されてきたうえに、刑法教科書や体系書においても、「緊急救助」という文言が登載されるようになっており、ようやく刑法学界でも認知された存在になってきたものといえようか⁽⁶⁾。

ところで、「緊急救助」(他人のための正当防衛)においては、正当防衛における「防衛の意思」の問題と同様に、「緊急救助の意思」という主観的正当化要素を必要と解するのが、ドイツやわが国における通説・判例の立場であるが、ここで一つの問題が生じてくる。それは、①急迫・不正の侵害を受けている者(被侵害者)の意思にまったく関係なく、あるいはその意思に反していたとしても、緊急救助権を行使できるのか、あるいは、②被侵害者の意思の如何によつて、緊急救助権が否定されたり、あるいは制限されたりするのであろうか——というものであり、いわゆる「被害者の意思と緊急救助」という問題である⁽⁹⁾。もちろん、この場合、被侵害者が急迫・不正の侵害を受けている状態において、第三者側にそれを救助するための「緊急救助の意思」が緊急救助者(Nothelfer)に存在していることが前提となる。もっとも、正当防衛において、「防衛の意思」を必要としない立場からは当然に、緊急救助においても「緊急救助の意思」を必要と解することになるが、われわれは、通説・判例に従つて「緊急救助の意思」必要説を前提とする立場からこの問題を考察してみる。

(1) 因みに、一九七五年施行の現行ドイツ刑法三二条一項と[旧]ドイツ刑法五三条一項の規定を掲げておく。現行ドイツ刑法三二条一項は『§32, StGB: (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. 必要にして [旧]ドイツ刑法三二条一項は』§53, StGB: (2) Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. 必要にして』。

(2) ドイツでは、古く、ザクセンニュルンベルグ(Sachsenspiegel, 1215-1235) 第二卷六九条、バンベルク刑事裁判令(Bamberger Halsgerichtsordnung, 15-07) 第二五七条、カロリナ刑事法典(Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. Von 1532, C.C.O.) 第二五〇条一項などおろして「緊急救助」の規定を設けていたことから、これを巡る論争は華々しく展開されたことは、けだし当然の事であろう(Vgl. Robert Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978, S.57; Siegmund Keller, Eine rechtshistorische Studie aus dem Sachsenpiegel, 1904, S.1-52)。これを承けてドイツ刑法では「緊急救助」に関するミンクラフィーも豊富であり、ほとんどの刑法体系書や教科書において登載され(Vgl. A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, 9, Auf, §37)。最近では Jürgen Seier, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW, 1987, Heft 40, S.2476-2843; Sternberg-Lieben, Zur Strafbarkeit der aufgedrängten Nothilfe, Jus, 1999, Heft 5, S.444-448, など相次いで出されている。

(3) わが国で「緊急救助」という文言を初めて刑法教科書の中で論述しているのは、岡田庄作「刑法原論総論第二〇版」(一九二二年)二七二頁、山岡萬之助「刑法原理全訂正増補第一五版」(一九三三年)一七九頁が挙げられる。

(4) 斎藤誠二「正当防衛権の根拠と展開」(一九九一年)二九三頁以下、津田重憲「緊急救助の研究」(一九九四年)一頁以下、津田重憲「緊急救助の基本構造」(一九九八年)一頁以下、武藤眞明「正当防衛・緊急避難における被侵害者の意思」佐々木史郎先生古希祝賀論文集(二〇〇二年)六九頁以下など。

(5) 例えば、わが国の代表的な現在の刑法教科書や刑法体系書によると、大塚仁「刑法概説(総論)第三版」(二〇〇四年)三六九頁、山口厚「刑法総論」(二〇〇二年)一一頁、大谷實「新版刑法講義総論」(二〇〇三年)二九八頁、川端博「刑法総論講義」(二〇〇一年)三四〇頁、佐久間修「刑法講義(総論)」(二〇〇〇年)二〇三頁、野村稔「刑法総論補訂版」(二〇〇〇一年)二二五頁、山中敬一「刑法総論Ⅰ」(一九九九年)四三三頁、三原憲二「津田重憲「刑法総論講義第3版」(二〇〇四年)一三四頁などが挙げられるが、依然として、その文言が登載されていないものとして、前田雅英「刑法総論講義第3版」

- (一九九八年)、香川達夫『刑法講義(総論)』(一九九五年)、曾根威彦『刑法総論第3版』(二〇〇〇年)、林幹人『刑法総論』(二〇〇二年)などがある。
- (6) 因みに、ヴォルフガング・ミツチュによれば、緊急救助は「陰のような存在」であり、正当防衛論の背後に押しやられていた問題であった、と指摘する(Vgl. Wolfgang Mitsch, *Nothilfe gegen provozierte Angriffe*, in: GA, 1986, S.533.)。
- (7) ドイムの学説として Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht*, A.T. Bd I, 3. Aufl., 1997, §15, S.604.; Wessels/Beulke, *Strafrecht*, A.T. 33. Aufl., 2003, S.177.; Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch*, 51. Aufl., 2003, §32 Rn14.; ゼンンの判例として Vgl. BGH NStZOO, 365; BayObLGStV99, 147.; BGHSt., 5, 248; BGH. StrV, 1987, 59; S.285f. Thomas Motsch, *Der straflose Notwehrzess*, 2002, S.96. わが国の学説として 大谷・前掲注(5) 三〇—三〇三頁、大塚・前掲注(5) 三七一頁、川端・前掲注(5) 三四二頁、木村亀二『阿部純二増補 刑法総論』(一九七八年) 二六一頁など。判例として、大判昭和二年二月七日刑集一五卷一五六頁、最判昭和四六年一月一六日刑集二五卷八号九六頁など。
- (8) この点に関する最近の文献として Vgl. Joachim Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, 1993, S.97f. 169, 295f.; Thomas Motsch, a.a.O., S.96.
- (9) この点について、最近の注目すべきモノグラフィーとして、武藤・前掲注(4) 六九頁以下、斎藤(誠)・前掲注(4) 二九三頁以下が挙げられる。なお、津田・前掲注(4) 『研究』一六二頁を参照されたい。
- (10) 防衛行為における「防衛の意思」不要説、従ってまた「緊急救助意思」不要説を支持するものも比較的多く、例えば、小野清一郎『新訂刑法講義総論(増補版)』(一九五〇年) 一二三頁、平野龍一『刑法総論Ⅰ』(一九七二年) 二四二頁、内藤謙『刑法総論講義(中)』(一九八六年) 三四三頁、前田・前掲注(5) 二三七頁、山口・前掲注(5) 六三頁、須之内克彦『正当防衛における「防衛意思」に関する一試稿』愛媛法学会誌第六卷二号(一九八〇年) 三四頁などが挙げられる。

二 緊急救助における被侵害者の意思

「正当防衛」(自己防衛)あるいは「緊急救助」(他人のための正当防衛)は、ドイツ刑法三二条一―二項およびわが

刑法三六条一項によつて違法性が阻却され、犯罪不成立となるが、「緊急救助」は、被侵害者が急迫・不正の侵害にさらされている場合に、それとはまったく関係のない第三者が防衛行為（救助行為）をなすことを称する。⁽¹¹⁾しかし、そうした状況において、被被害者が第三者による救助行為を欲しなかった場合やその意思に反する場合には、緊急救助者はどのような法的処理に服するのかが重要な問題である。この場合、被侵害者において、それを欲していなかったり、あるいはその意思に反している場合には、もはや緊急救助が成立しないということになれば、犯罪が成立することになるため、被疑者・被告人にとつてはまさに重大な岐路に立たされることになる。⁽¹²⁾以下、この問題に関して、学説は、①被侵害者の意思に反している場合には緊急救助の成立を否定する「否定説」、②場合によつては緊急救助の成立を肯定する「制限肯定説」、③被侵害者の意思をまったく捨象した形で緊急救助の成立を認める「（全面）肯定説」——に分類することができる。以下、場合を分けて検討してみる。

①「否定説」 この立場によれば、被侵害者（急迫・不正の侵害を受けているか、現に受けつつあるもの）の意思に違背する場合、例えば、被侵害者が救助を欲しないかあるいはその意思に反する場合には、第三者による救助は許されないとする考え方である。ドイツでは、⁽¹³⁾多数説⁽¹⁴⁾判例として理解されているが、わが国においては少数説といえ、宮本博士がこの立場に属するとされている。⁽¹⁵⁾「否定説」の根拠づけとしては、被侵害者が緊急救助を欲しない場合は、もはやその被侵害者を法によつて保護する必要はなく、また、「被侵害者がその自己の法益を放棄しており、しかもその法益を個人が有効に放棄しうる場合」には、法の保護下を離れるということである。「否定説」を代表するロクシンによれば、被侵害者にとつて、自らの手によつて防衛を行なうことだけが重要な場合であっても、自己の防衛能力を証明する十分な根拠をもちうるため、防衛行為をどの程度まで行なうかについて、自分自身に留保しておきたい場合もありうるため、この意思に反した救助は正当化されず、「被侵害者に対して防衛行為を行なう場合に、誰がどの程度

の防衛行為をなすのかは、原則として被侵害者が決定するべきである⁽¹⁷⁾という。その例として「窃盜を阻止することは望むが、銃を用いて阻止することは望まない場合には、銃の使用は禁止される」とし、ただ、「被侵害者自身よりも緩やかな防衛手段を緊急救助者が有しており、この手助けを借りることによって防衛が可能な場合には、自己のなす防衛は必要性が欠如するため、被侵害者の拒否にもかかわらず、緊急救助は可能である⁽¹⁸⁾」とする。

一方、わが国において「否定説」を支持するとされる宮本博士によれば、「但直接ノ被害者ニ於テ侵害ヲ承認シ又ハ之ニ対スル防衛ヲ欲セサルモ重疊の二成立スル他ノ重要ナル違法ヲ阻却セラレサル場合ニ於テハ正当防衛ヲ妨クルコトナシ。例ヘハ同意殺人ノ場合ノ如シ⁽¹⁹⁾」とする。とすれば、ロクシンによれば、場合によっては、緊急救助の成立を肯定する立場にあり、また、宮本博士も同趣旨の考え方に立つこととなる。この意味ではドイツおよびわが国においては、純然たる「否定説」(全面否定説)は存在しないのではなからうか⁽²⁰⁾。むしろ、この場合は、次に考察する「制限肯定説」の範疇に入るべきものといえる。

②「制限肯定説」 この「制限肯定説」も、さらに考え方が分かれる。まず、ガイレン、クローゼ、ヤコプスなどが唱えているもので、被侵害者が自己防衛を欲しない場合には、「法秩序の防衛」(法確証の原則)という正当防衛Ⅱ緊急救助の法的根拠づけが減少するため、この場合は緊急救助はできないが、ただ、「法秩序の防衛」を維持しなければならぬ場合——例えば、家庭内暴力をたえず行なっているのを見かねて、他人が救助に向かうような場合——には例外的に緊急救助が認められるとする⁽²¹⁾。

また、ヒンメルライヒによれば、この場合を四つに分類し、(1)被侵害者が救助を得たいと思っている場合、(2)被侵害者が侵害者による攻撃を理解していなかった場合、(3)被侵害者が正確な判断の下になかった場合、(4)被侵害者がその侵害に気づかなかったことに相当な理由があった場合——には、第三者による緊急救助が肯定されるとする⁽²²⁾。さらに、

ユルゲン・ザイアーは、被害者の承諾の法理から分析し、基本的には被侵害者が救助を拒否する場合には緊急救助は認められないとし、それも、(1)生命に対する侵害、(2)判断能力の欠如による救助拒否、(3)錯誤に基づく救助の拒否—については被侵害者の拒否意思は緊急救助の成立を妨げないうえに、さらに、(4)救助を放棄するように強制された場合、(5)反道義的な侵害(ドイツ刑法二二八条、[旧]刑法二二六条a)の場合には、被侵害者の拒否があっても緊急救助が是認されると説く。⁽²³⁾同様の立場として、シュテルンベルク・リーベン⁽²⁴⁾は、緊急救助者の行為が被侵害者の全体的な状況を満足させるような場合、例えば、救助行為によって被侵害者にそれ以上の侵害発生を生じさせない場合には、緊急救助権の成立を認める考えを示す。逆に、被侵害者の法益を保持することができず、全体状況を満足させることが期待できないときは、第三者の緊急救助権は制限されるとする。⁽²⁴⁾

一方、わが国において「制限肯定説」を支持する牧野博士は、「他人の意思に反してもなお、正当防衛(緊急救助)が為され得るものと解すべきであろう」とする⁽²⁵⁾ほか、木村博士も「緊急救助の場合に他人の意思に反しても防衛行為に出ることができるとについては議論もあるが、他人が侵害に対して適法な承諾を与えていた場合には不正な侵害がないから、他人の意思に反するか否かを問わず正当防衛は成立せず、従って緊急救助は許されない。しかし、他人が侵害の事実を知らないために防衛の意思がない場合とか、拒絶する意思があった場合とかにあっては、その他の意思に反しても緊急救助は可能であり、かつ許される」とする。⁽²⁶⁾同様に、⁽²⁶⁾「制限肯定説」の立場をさらに推し進め、「他人のための緊急救助は、他人から救助を要請された場合であると否とを問わずに可能である。正当防衛権の行使は、不法に対抗するための権利実現行為として認められたものであり、不法を排斥する手段として許容されたものである」とし、⁽²⁷⁾「積極的な緊急救助論を唱える。しかし、惟うに、牧野博士のいう「その他の人の意思に反しても…」とすることや、また、⁽²⁷⁾「被侵害者による要請の有無に関係なく緊急救助が是認される」とす

ることは、「要請」ではなく被侵害者の「承諾」や「同意」があつた場合には、緊急救助の成立如何をどのように捉えるのかいま一つ分明ではない。⁽²⁸⁾ また、木村博士は明確に「被侵害者の適法な承諾」が存在すれば緊急救助は許されないとするため、これは、先にみたヒンメルライヒと同様な考え方に至る。とすれば、このような「被侵害者の適法な承諾」に基づく場合には緊急救助は成立しないこととなり、このことは、いわば「肯定説」論者の共通した認識であると解しうる。このため、わが国における「肯定説」として分類されている諸家は、むしろ「制限肯定説」として捉えるべきものであらう。⁽²⁹⁾ この立場を代表するのが斎藤（誠）博士の所説に窺える。すなわち、「急迫不正の侵害を受けている者が、ほかの者がその者のために正当防衛（緊急救助）をすることを望まないならば、その者のための正当防衛（緊急救助）はできない（別の言葉でいえば、急迫不正の侵害を受けている者の意思に反して、緊急救助をすることはできない）、と理解してきている」⁽³⁰⁾と。その理由として、ロベルト・ハースの見解に従い、「それは、もともと、他人のための正当防衛は、法秩序のための性格をもっているが、いわば急迫（不正）の侵害を受けた者の自己防衛の延長という性格をもっているものであり、この急迫（不正）の侵害を受けた者が正当防衛をしようとおもわない場合には、そのものを保護する必要がないからである。ただ、わたくしたちは、不正の侵害を受けている者の意思に反しては、緊急救助をすることができない、とするだけで、①侵害を受けている者がその侵害をしらなかったとか、②侵害を受けた者がその意思をしめすチャンスがなかったといった場合には、緊急救助は認められる、と理解している」⁽³¹⁾と。この考え方も、先にみたヒンメルライヒや木村博士の立場と共通するものがある。

なお、最近、この種の問題に関して鋭い分析を試みている武藤真朗助教授の所説に触れてみる。武藤助教授は、正当防衛の正当化根拠を自己保全原理と法確証原理の併存説を是認した上で、個人保護に奉仕する限りにおいて個人保護の原則があくまでも正当化根拠の中心であるため、「被害者の意思に反した救助が一定の場合に許容されるのも、個

人保護の原則、優越的利益保護の原則から説明でき、第三者の救助行為によつて、侵害者が保全を求めた利益が保全され、侵害されたことを望んだ利益が侵害されないという客観的状況を実現した場合に正当化されると考えられる。⁽³²⁾とする。これは、先にみたシュテルンベルク・リーベンにいう「全体状況の満足」による区別という分析と同じ思考がなされ⁽³³⁾、武藤助教授は、被侵害者側にとつて客観的状況が望んだ利益と一致していれば、法確証原理を持ち出すことなく個人保護の原則から説明しうるとするため、この考え方も、われわれのいう「制限肯定説」の立場にあるものといえる。

③「(全面)肯定説」　ここにいう「(全面)肯定説」とは、被侵害者の意思とは一切無関係に、「急迫」(不正)の侵害がある場合には、第三者による緊急救助による制限は一切ないとする考え方である。⁽³⁴⁾一部の論者によれば、わが国では多数説として位置づけられており、ドイツでは少数説にとどまっているとされている。⁽³⁵⁾もつとも、わが国で多数説とされている「肯定説」は、先にも考察したように、「制限肯定説」と称されるものであり、この意味においては、われわれのいう「(全面)肯定説」とは異なる。ドイツでは「肯定説」は少数説であるが、それを代表するものとして、例えば、ニコラオス・ピツイレキスは、「正当防衛」緊急救助は、法秩序の防衛(法確証の原則)によつて根拠づけられるため、被侵害者の意思を考慮する必要はない⁽³⁶⁾とする。この他に、「肯定説」を唱えるものとしては、ハー⁽³⁷⁾ス、シュミット・ホイザー⁽³⁸⁾、シュベンデル⁽³⁹⁾、ヴァーグナー⁽⁴⁰⁾などが挙げられる。わが国においては、この「(全面)肯定説」として、牧野⁽⁴¹⁾、草野⁽⁴²⁾、柏木⁽⁴³⁾、福田⁽⁴⁴⁾、大塚⁽⁴⁵⁾、大谷の各諸家が挙げられているが、これは、先にも指摘したように、「(全面)肯定説」の立場ではなく、「制限肯定説」の範疇に入り、この点においてわれわれの理解とは異なる。

そこで、わが国において「(全面)肯定説」を支持するものとしては、古く岡田庄作博士が挙げられる。曰く。「他人ノ權利ヲ防衛スル場合ヲ特ニ緊急救助ト称ス。他人ノ權利ヲ防衛スル場合ハ他人ノ意思ニ反シ又ハ他人ノ同意ヲ得

サル或ハ他人ノ意思ナキ場合モ可ナリ」とし、積極果敢な緊急救助論を展開しており、少なくとも、わが国において、被侵害者の意思に反してまでも、緊急救助の成立を認める考えは、戦前〜現在において存在しなかったものといえる。⁽⁴⁷⁾ただ、近時、大塚博士が、その著『刑法概説（総論）第三版』（二〇〇四年）三七三頁において、「他人の権利を防衛する行為は、その他人の意思に反しても行なうことができるであろうか」と自問し、「正当防衛行為の社会倫理的意義にかんがみて、肯定すべきである」と自答するものの、これも「その意思に反する」という主観的な要素をある程度考慮に入れた立場にあり、この意味においては「（全面）肯定説」とは言い難い。

そこで、ここで①〜③の各説を批判的に検討してみる。まず、第①説の「否定説」は、正当防衛＝緊急救助が法制度によって認められた意義を軽視したものといえよう。⁽⁴⁹⁾大嶋教授も指摘するように、「正当防衛（緊急救助）は『自己又は他人の権利を防衛するため』急迫不正の侵害をする相手方に対し、まず法益保護のために防衛行為ないし反撃行為をするものであるが、正当防衛の基礎には、法益保護の原理の外に、『正は不正に道を譲る必要はない』という法確証の原理という第二の実質的原理があり、法は私人に法益保護のためだけでなく、法の代理人として、また官憲に代わって法を擁護し不法に積極的に対抗することをも認めていると解されている。従って、原則として相手方の不正の侵害を回避する義務は存在しない」⁽⁵⁰⁾のである。また、川端教授も「緊急の法的重要性は、法益喪失が切迫しており、通常は私人に認められていない直接行為、すなわち自力救済を認めなければ当該法益を守る点にある」⁽⁵¹⁾のである。とすれば、まさに「緊急性」、「急迫性」にこそ、緊急行為の本質が見出され、被侵害者の意思や思惑によって、緊急救助者の違法性や適法性を判断することは、法制度の存在そのものを考慮の外に置いたものといわざるを得ない。すなわち、緊急救助が成立するか否かを被侵害者の意思の存否に委ねることは法制度そのものの基盤を失わせることになる。こうした批判は、②の「制限肯定説」にも妥当する。「制限肯定説」も、被侵害者の意思の存否にその成否を委ね

ていることになるからである。また、ヒンメルライヒを始め、クローゼ、ザイアー、ロクシン、シュテルンベルク・リーベンなどによる「制限肯定説」も、「法秩序の防衛」（法確証の原則）の観点を置いて、一部で緊急救助の成立する場合を是認するものの、個人法益保護の原則（自己保全の原則）や「優越的利益保護の原則」を優先する考え方が基本にあるとすれば、それは妥当ではあるまい。⁽⁵²⁾

そこで、われわれは、第③説の「（全面）肯定説」を支持するものであるが、それは以下の理由に基づく。すなわち、

①正当防衛Ⅱ緊急救助というものは、緊急の状況下であり、しかも法益侵害が間近に迫っている場合や現に侵害を受けつつある場合が、本来の姿であろう。⁽⁵³⁾とすれば、そこに被侵害者の「承諾」や「要請」「同意」といった意思そのものの存在を緊急救助者に確認できるのか否かは極めて困難であろうし、またそれを求めることは不可能である。例えば、侵害を蒙っている被侵害者に対して、それを現認した緊急救助者が、「救助してもよいか？」あるいは「救助してもらいたいのか？」、「侵害者を攻撃してもよいか？」などの被侵害者の意思を一つ一つ尋ねたうえで、すなわち、その「承諾」や「要請」や「希望」を確認してから救助行為に出るということが観念できるのであろうか。⁽⁵⁴⁾また、被侵害者の推定的承諾に基づく救助行為を前提にしたとしても、被侵害者においてはその意思に反していたことが後日に判明した場合、救助者は違法性が阻却されないことになってしまうことになろう。⁽⁵⁵⁾さらに、②被侵害者の意思によって緊急救助者の違法・適法性の判断が左右されるところは、客観的違法論の立場からみても妥当ではあるまい。⁽⁵⁶⁾ここから、被侵害者の「承諾」や「要請」、「希望」の有無あるいは、その「意思に反する」といったものを一切捨象した緊急救助権の行使を認める「（全面）肯定説」が支持されねばなるまい。もちろんその場合には、緊急救助における「必要性」や「相当性」あるいは「緊急救助の意思」の存否、さらには、ある程度の法益権衡性といった緊急救助の成立要件を慎重に吟味することは論を俟たない。⁽⁵⁷⁾こうした被侵害者の意思を一切捨象した形における緊急救助の成立は、

緊急救助の正当化原理から導き出せるものである。

- (11) 緊急救助に関する総合的なモノグラフィーとして、津田重憲『緊急救助の研究』（一九九四年）、津田重憲『緊急救助の基本構造』（一九九八年）を参照された。
- (12) 「緊急救助」は、「他人のための正当防衛」（Fremdverteidigung）のことであるため、そこには「純然たる『自己防衛』（正当防衛）」とは、また異なった法的処理に服さなければならぬという考えも根強い——例えばケイツでは、Vgl. Kurt Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW. Bd. 89, 1977, S. 36–60. insbes. S. 60.; Haas, a.a.O., S. 14, 126ff.; Hofmann-Reim, Übergang der Polizeigewalt auf Private? in: ZRP, 1977, S. 282ff. わが国では、斉藤（誠）・前掲注（4）一九四頁以下——が、われわれは、正当防衛と緊急救助は同一の法概念であるものとみている（津田・前掲注（11）『研究』七三頁以下）。
- (13) Vgl. Roxin, Die “sozialethischen Einschränkungen” des Notwehrrechts-Versuch eine Bilanz, ZStW. Bd. 93, 1981, S. 78.; Suppert, Studien zur Notwehr und “notwehrähnlichen Lag.” 1973, S. 399–400.; Blei, Strafrecht. I. 18. Aufl., S. 148. Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 43. Aufl., 1986, § 32 Rndr. 7.; 33. Stratenwerth, Strafrecht, A.T. 3. Aufl., 1981, Rdnr. 445.; Wessels, Strafrecht, A.T. 16. Aufl., 1986, S. 93. ewa.
- (14) Vgl. EBGHSt. Bd. 5, S. 245.; BayObLGst. JZ. 1955, S. 106f. 中の BGHSt. Bd. 5, S. 245. は、一九五三年一〇月二日のドイツ連邦裁判所が判断したいわゆる「ジュンテリン事件」（Sünderlin-Fall）と称されているものであるが、これは反倫理的映画とされている「罪深き女」（Die Sünderin）の上映を中断させるため、被告人たちは悪臭弾を放出して、上映を妨害した事案について、「……被害者が侵害を阻止しようという決心を表現させることが可能であるにもかかわらず、それを救助を押しつけて被害者を防衛する権利は、他人にも認められない」とし、「公の秩序に対する正当防衛は認められない」と判示したものである。しかし、われわれは、いわゆる「社会緊急救助」や「国家緊急救助」を全面的に肯定する立場にあるため、同判示には賛成することができない。詳しくは、津田・前掲注（11）『研究』二二二—二三四頁を参照された。 auch, Vgl. Seier, NJW. 1987, Heft 40, S. 2476.
- (15) 宮本英脩『刑法学粹』（一九三五年）二四五頁。なお、わたくしは、かつて青柳文雄博士も「否定説」の範疇に入るものとしておいたが（青柳文雄『刑法通論Ⅰ』（一九六五年）二〇三頁）、青柳博士は、「第三者の法益に対する場合に、第三者がその法益を放棄しているときは、その法益を個人が有効に放棄できる場合のほかはその意思にかかわらず防衛行為をなすこと

- ができる」としているため、「制限肯定説」に入るものであり、ここに訂正する（津田・前掲注（11）『研究』一六七頁）。
- (16) Vgl. Geilen, *Notwehr und Notwehrverzeß*, in: *Jura*, 1981, S.312.; Herzberg/Seelenhofer, *Jus*, 1990, S.563.; Klose, *Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot. Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr*, in: *ZStW*, Bd.89, 1977, S.96.
- (17) Roxin, *Strafrecht*, A.T. Bd.1, 3. Aufl., 1997, §15, Rn99, S.599.
- (18) Roxin, a.a.O., S.599.
- (19) 宮本・前掲注（15）二四五頁。なお、斉藤（誠）・前掲注（4）三三二頁および木村Ⅱ阿部・前掲注（7）二六一頁は、宮本博士を「否定説」論者として理解されているが、宮本博士は「制限肯定説」の中に入るものである。
- (20) もっとも、この場合、「侵害されている法益をその侵害をうけている者が処分できるか否かによって、処分できる場合には、その意思に反しても、緊急救助はできる」（斉藤（誠）・前掲注（4）三三三頁）とする形で唱えられているため（緊急救助の係属的なモメント）、やはり、「制限肯定説」なのである。
- (21) Vgl. Geilen, a.a.O., S.311f.; Klose, *ZStW*, Bd.89, 1977, S.98f.; Jakobs, *Strafrecht*, A.T. 2. Aufl., 1991, 12/59f.
- (22) Vgl. *Himmereich, Nothilfe und Notwehr: insbesondere zur sog. Interessenabwägung*, in: *MDR*, 1976, S.366.
- (23) Vgl. Seier, *NJW*, 1987, Heft 40, S.2476.
- (24) Vgl. Sternberg-Lieben, *Jus*, 1999, Heft 5, S.444, 447.
- (25) 牧野英一『刑法総論上巻』（一九五八年）四五〇頁。
- (26) 木村Ⅱ阿部・前掲注（7）二六一—二六三頁。
- (27) 莊子邦雄『刑法総論（旧版）』（一九八一年）三七八頁。
- (28) 被害者の「承諾」や「同意」があれば、それは違法性阻却として正当化されることは承認できるが、「緊急性」「急迫」という状況下で、それをどのように認知し承認できるのかは疑問であり、それらを一切捨象した「緊急救助」の成立を構築するべきである（津田・前掲注（11）『研究』一六八頁（18））。
- (29) この意味において、ドイツやわが国では「全面否定説」は存在しないものといえる。
- (30) 斉藤（誠）・前掲注（4）三三三—三三五頁。
- (31) Vgl. *Himmereich, MDR*, 1967, S.361.; Haas, a.a.O., S.134.; 木村Ⅱ阿部・前掲注（7）一六一頁—一六三頁。

- (32) 武藤・前掲注(4)九一九三頁。同旨・大嶋一泰『刑法総論講義案(第二分冊)〔全訂版〕(二〇〇〇年)一八四頁。
- (33) Vgl. Sternberg-Lieben, Jus. 1999. Heft 5, S.447.
- (34) すなわち、被侵害者の「同意」や「承諾」はもちろんのこと、「その意思に反する」場合でも、それを一切考慮することなく、積極果敢な緊急救助権が行便できることを意味する。このため、「被害者がその侵害の程度を誤解している場合には被侵害者の表面的な意思に反しているようにみえても、その本当の意思には必ずしも反していない」(Vgl. Klöse, ZStW, Bd.89, S.98f.) とすることさえも必要ではないのである。
- (35) 齊藤(誠)・前掲注(4)
- (36) Vgl. Nicolaos Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrecht. 1984. S.72.
- (37) Vgl. Haas, a.a.O., S.126f.
- (38) Vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, Lehrbuch, A.T. 2. Aufl. 1975, 9/107.
- (39) Vgl. Spendel, Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch, 10. Aufl., RdNr. 145f. zu §32.
- (40) Vgl. Heinz Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984. S.37.
- (41) 草野約一郎『刑法要論』(一九五六年)六一頁。
- (42) 柏木千秋『刑法総論』(一九八二年)一七〇頁。
- (43) 福田平『刑法総論』(一九八四年)一四六頁注(一)。
- (44) 大塚仁『刑法概説(総論) 第三版』(二〇〇四年)三七三頁。
- (45) 大谷實『新版刑法講義総論第二版』一三三—一三三三頁。ただし、大谷教授の新版(二〇〇三年)、第四版(一九九四年)には、被侵害者の意思に反する緊急救助については論及されていない。
- (46) 岡田庄作『刑法原論総論増訂第一版』(一九二二年)二七二頁、同『刑法原論総論増訂第二〇版』(一九二七年)二六九頁。すなわち、被侵害者の意思を考慮する「制限肯定説」は存在するが、それをまったく考慮しない「(全面)肯定説」は存在しないというのである。
- (47)
- (48) 大塚・前掲注(44)三七三頁。
- (49) 津田・前掲注(11)一六三頁。
- (50) 大嶋・前掲注(32)一六八一—一七〇頁。
- (51) 川端博『刑法総論講義』(二〇〇一年)三二七頁。

(52) 大嶋教授は、この点を明確に述べる。すなわち、「…本人の意思に反して勝手に攻撃者に反撃を加えたり、窃盗に対する銃器による対処を拒否していたのに、銃による犯人の殺害を強行するのは、防衛の強制ないし保護の押し付けであって、そのような場合には、正当防衛状況が存在しても、防衛の必要性・相当性は認められず、違法であると解すべきである。被攻撃者が救助を求めていたり、少なくとも自分に代わって自己の法益を保護して欲しいと望んでいれば、保護を必要とする個人法益が存在するのであるから、個人保護の原則に基づき、他人にもこの個人法益に対する正当防衛権が存在すると考えられる」(大嶋・前掲注(32)一八四頁)とし、自己保全・個人保護の面から、勝手な緊急救助は許されないとする。

(53) 津田重憲『正当防衛の研究』(一九八五年)一頁以下。

(54) 津田・前掲注(11)一六五頁。なお、武藤・前掲注(4)七八、九二頁。

(55) そのように解しなければ、「他人のための正当防衛」を法律によって規定した意味がなくなる。

(56) この点につき、武藤・前掲注(4)九二頁以下は、「被侵害者の意思を正当化の基準とすることは、一見すると結果無価値論が前提としている客観的要素に基づく客観的な違法判断と矛盾しているように思われるが、『被害者の承諾』の法理を初めとして、自己決定権保護の文脈においては、必然的にこれが基準となるものであり、また、行為者の主観を違法性の判断に用いているわけではないので、客観的判断違法判断と矛盾するものではない」とする。しかし、被侵害者の意思によって緊急救助の成否が決定されることには変わりがないため、疑問が残る。すなわち、私見によれば、この場合は、緊急救助行為の「必要性」と「相当性」において判断すればよいのではなからうか。

(57) 大嶋・前掲注(32)一八四頁。

三 緊急救助権の正当化原理による根拠づけ

われわれは、被侵害者の「同意」や「承諾」または「要請」あるいはその意思に反するといった主観的要素を一切考慮することなく、緊急救助が可能であるとする「(全面)肯定説」が妥当であることを確認した。そこで、このような積極果敢な緊急救助権の行使は、一体どのような権限によつて是認されるのかということが分明にされなければならない。

らない。われわれは、それを正当防衛＝緊急救助の正当化原理として唱えられている「自己保存の原則」と「法確証の原則」を止揚化した「両原則止揚説」から導き出しうるものと理解している。⁽⁵⁸⁾

ところで、現在のドイツおよびわが国の刑法学界においては、正当防衛の法的根拠を「自己保存の原則」(Selbstschutzprinzip)と「法確証の原則」(Rechtsbewährungsprinzip)によって根拠づけることが一般的な考え方となっている。⁽⁵⁹⁾

「自己保存の原則」とは、緊急の場合には、人間は自己主張を行ない、自己を防衛するという自己保存の本能を有しており、ここから正当防衛権が認められるとする原則である。⁽⁶⁰⁾ また、「法確証の原則」とは、緊急状態の場合には法秩序は揺るぎなく存在していることを示すために正当防衛権が認められるとする原則である。⁽⁶¹⁾ ただ、この場合、「自己保存の原則」のみで正当防衛権を根拠づけるのか、それとも、正当防衛権は、両原則を併存させることによって根拠づけるのか、学説は分かれる。この場合、「自己保存の原則」のみでは、自己防衛の根拠づけとしては説明がつかぬものの、他人のための正当防衛(緊急救助)の概念の法的な根拠づけについて説明できなくなる難点が生じる。⁽⁶²⁾ そこで、緊急救助権は、「法確証の原則」によってのみ説明はつくことになり(超個人主義的正当防衛権)、ここから、正当(自己)防衛＝自己保存の原則、緊急救助＝法確証の原則という図式が描かれる。しかし、そうではなくて、正当防衛権は、自己保存のためばかりではなく、同時に緊急の防衛には、法秩序は揺るぎなく存在していることを示すために是認されるものであるという考えがドイツの多数説であり、わが国でも多くの支持を得ている。これは「二元説」または「二要素説」とも称されており、われわれは、「両原則併用(併存)説」と称する。⁽⁶³⁾ そこで、われわれは、一体どのような原理に基づいて、被侵害者の意思に反してまでも緊急救助権が行使できるのかという根拠を求めてみると、それは「両原則止揚説」によって解決しようと考えている。正当防衛権(緊急救助権)を正当化する「自己保存の原則」と「法確証の原則」において、個人保護がより基礎的な正当化原理であるとする立場からは、緊急救助の場合も、本来は被

侵害者が正当防衛権を有しているにもかかわらず、防衛行為者は、この正当防衛権を被侵害者に代わって行使するもの⁽⁶⁴⁾と考える。ここから、被侵害者の意思に反した防衛行為は是認されないということになる。一方、「法確証の原理」こそが、正当防衛権（従ってまた緊急救助権）の正当化原理であるとする立場からは、緊急救助は、決して被侵害者の正当防衛権の代理行使ではなくて、緊急救助者独自の権利に基づく行為として位置づけられることになる。⁽⁶⁵⁾ここから、たとい被侵害者の意思に反しようと、あるいは被侵害者の「同意」「承諾」や「要請」とはまったく関係なく、緊急救助権の行使が可能になるという結論に至る。これを端的に表現すれば、「自己保存の原則」は自己防衛、つまり自己にふりかかる急迫不正の侵害に対する正当防衛としての根拠づけであり、「法確証の原則」は、「他人のための正当防衛」（緊急救助）に対する原則としての機能を果たすものとして理解される。⁽⁶⁶⁾

しかし、われわれの理解するところによれば、そうではなくて、この場合、両原則とも正当防衛と緊急救助を根拠づける原理として、それを一つの統一的な原理として把握できないものであろうか。この場合、「自己保存の原則」と「法確証の原則」は、決して対立するものではなく、また、両原則を併用（併存）したものでなく、それを止揚化したもの——両原則止揚説——として考えるのである。⁽⁶⁷⁾この点に関して、シュペンデルは、①緊急な場合、しかも急迫不正の侵害を欠けている他人が存在する場合、われわれ人間は他人の助けを必要とし、自分で自分を助けるのとまったく同じように他人の助けを求めて行くことは自然の摂理であること、②他人のための正当防衛は、社会ひいては国家の秩序を維持することに各自が奉仕することが可能である——とする。⁽⁶⁸⁾これが、刑法において、「自己または他人」の法益防衛を認めた趣旨であろう。とすれば、ビツイレキスも指摘するように、「正当防衛」（自己防衛）は、自己の法益の保護によって法秩序というものを保護し、これが「自己保存の原則」の本来の趣旨である。そして、「緊急救助」は、他人の法益を第三者が保護することによって、法秩序を保護する。⁽⁶⁹⁾これが、「法確証の原則」なのである。ただ、こ

にいう自己防衛＝自己保存の原則、緊急救助＝法確証の原則という図式ではなく、また、両原則は一方が優位するものではなく、さらにそれは、他方が従属的（補助的）なものであるという意味ではない。すなわち、両原則とも、「法秩序の防衛」という止揚化された共通項によって括られることになる。⁽⁷⁰⁾ このため、ビツイレキスのいう、緊急救助を「法確証の原則」のみによつて捉えるものではなく、また、フェルバーやゼールマンなどのように、それを「自己保存の原則」と「法確証の原則」を併用（併存）した考えにあるわけでもない。われわれは、「自己保存の原則」と「法確証の原則」の両者を止揚化して、そこに共通する、「社会秩序あるいは法秩序の防衛」という観点から、正当防衛と緊急救助の根拠が見出されるものと考えるのである。⁽⁷³⁾ それが、ドイツ刑法三二条二項やわが刑法三六条一項の「自己または他人」と規定した本来の趣旨であると考えている。

このような理解の下に、被侵害者の意思と緊急救助のケースを考えると、被侵害者の「同意」や「承諾」「希望」あるいは「要請」の有無にかかわりなく、また、たとい被侵害者の意思に反するとしても、緊急救助者は、緊急救助行為が可能なのである。もちろん、こうした積極果敢な緊急救助行為を認めることに對しては当然、批判も予想される。例えば、「個人保護の原則に基づき、本人の意思に反する緊急救助は、防衛の抑制ないし保護の押し付けであるため、正当防衛状況が存在しても、防衛の必要性、相当性が認められず、違法である」とするものや、いわゆる「正当防衛のお節介」を助長する危惧感、あるいは、緊急救助の濫用は、法秩序を却つて混乱させるものである、といったものであろう。⁽⁷⁵⁾ しかし、急迫不正の侵害が現存している状況下で、第三者が拱手傍觀することを法は奨励しているともいうのであろうか。われわれには、その点が理解に苦しむ。とすれば、法的社会的秩序の維持という観点から、緊急救助を行なうことは、決してわれわれに義務づけられてはいないものの、緊急権として認められているものである。⁽⁷⁶⁾ ここから、すべての人に対して、急迫不正の侵害を蒙っている被侵害者を救助することは、法によって是認されてい

るものであり、そして、あらゆる人に緊急救助権が是認されるという前提の下に、それは決して被侵害者の意思に委ねられた存在ではないのである。⁽⁷⁷⁾ 仮に、緊急救助の成否が問題になるとすれば、それは、緊急救助行為における「必要性」と「相当性」それに、「緊急救助の意思」が問擬されるべきものであり、この成立要件を慎重に吟味することによってその成否を決すればよいのである。⁽⁷⁸⁾

- (58) この点につき、津田・前掲注(11)『研究』八二頁以下、二五三頁以下。
- (59) 正当防衛の根拠については、「自己保存の原則」と「法確証の原則」の二原則を併存する考え方が、ドイツおよびわが国の多数説である。ブルクセンは「二要素説」(Zwei-Elemente-Theorie)と称し(Klaus Marxen. Die "sozialathischen" Grenzen der Notwehr; Frankfurt a. M. 1979, S.50.)、シュンキンスは「二元説」(dualistische Ansicht)と称し(Bitzleiks, a.a.O., S.45.)。ドイツにおよびわが国を採る方は、Vgl. Bertel, Notwehr gegen verschudete Angriffe, in: ZStW, Bd.84, 1972, S.85; Bockelmann, Notwehr gegen verschudete Angriffe.: in Honig-Festschrift, 1970, S.80.; Courakis, Zur sozialistischen Begründung der Notwehr, 1978, S.74.; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffes in den Notwehrbestimmungen, 1979, S.; 88, ff.; Geilen, Jura, 1981, S.200.; Krause, Zur Problematik der Notwehr, in: Bruns-Festschrift, 1978, S.76.; Supper, a.a.O., S.374など。わが国では、内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年)三二八—三三二項、曾根威彦『刑法総論』(一九八七年)一〇九—一〇〇頁、川端・前掲注(51)三二七頁、山中敬一『刑法総論I』(一九九九年)四二二頁、齊藤・前掲注(4)五七頁、津田・前掲注(11)『研究』三五三頁など。
- (60) 正当防衛権を「自己保存の原則」に求める立場は、現在でも有力に支持されている。例えば、Klose, ZStW, Bd.89, 1977, S.86.; Wagner, a.a.O., S.29ff.; 野村稔『刑法総論補訂版』(二〇〇一年)二一九頁。
- (61) 「法確証の原則」のみに正当防衛権を根拠づけざるべしは、Bitzleiks, a.a.O., S.51.; Haas, a.a.O., S.169.
- (62) Vgl. Bitzleiks, a.a.O., S.45ff.; Courakis, a.a.O., S.45ff.; Haas, a.a.O., S.155. 小暮得雄「正当防衛」刑法講座(一九七二年)一三〇—一三三頁。
- (63) Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, in: GA, 1991, S.113.
- (64) Vgl. Roxin, Strafrecht, A.T. Bd 1, 3, Aufl, 1997, 15, Rn 99.

- (65) Vgl. Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, in: Honig-Festschrift, 1970, S.193ff.; Haas, a.a.O., S.150f.; Bitzlekis, a.a.O., S.60ff.
- (66) Schmidhäuser, Strafrecht, A.T. 1975, S.342.
- (67) 津田・前掲注(4)『研究』八三・一二七—一二七三項・同・前掲注(4)『基本構造』二〇—二二頁。
- (68) Spengel, Leipziger Kommentar, 30, Lief. 10, Aufg. 32, Rdnr. 11.
- (69) Vgl. Bitzlekis, a.a.O., S.61.; ähnliche, Ioannis Manolidakis, Allgemeine Strafrechtslehre, Bd. III, 1981, S.72.
- (70) 津田・前掲注(11)『研究』八五—八六頁、一二七三頁。
- (71) Vgl. Felber, a.a.O., S.133.
- (72) Vgl. Seelmann, Grenzen Privater Nothilfe, in: ZStW, Bd.89, 1977, S.56ff.
- (73) すなわち、「自己保存の原則」を優位させれば、正当防衛と緊急救助を同格に規定し法的な取り扱いを同じくした意義が失われ、緊急救助の適用範囲を不当に狭めることになる。また、「法確証の原則」を優位させるとすれば、恣意的な国家の介入を招くことになり正当防衛と緊急救助の成立の不当な判断に陥ることになる。このため、両原則を止揚したものとして理解すれば、正当防衛と緊急救助の統一的な根拠づけが可能となるのである。(津田・前掲注(11)『研究』八六頁)
- (74) Vgl. Wagner, a.a.O., S.34.; 大嶋・前掲注(32)一八四頁。
- (75) この点につき、セールマンによれば、緊急救助においては、守ろうとする法益と緊急救助によって侵害される法益間において均衡性がなければならず、それは緊急救助をする個人には警察官以上の権限が付与されていないため、いわゆる「相当性の原則」(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)に従わねばならず、この意味において、恣意的な個人による緊急救助は制限され、法秩序を混乱させるというものであろう。(Vgl. Seelmann, ZStW, Bd.89, 1977, S.36ff.) しかし、刑法は、明確に正当防衛と緊急救助を同格のものとして規定しているため、緊急救助のみに制限を付すことは誤っているといわざるを得ない。(津田・前掲注(11)『研究』一〇—一二頁)。
- (76) ドイツでは、ドイツ刑法三三三条Cによつて「緊急救助義務の不作爲」(unterlassene Hilfeleistung)は、処罰されるとして(§323c, Unterlassene Hilfeleistung.; Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere, ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit

Geldstrafe bestraft.) ため、わが国とは法制度が異なるものの、ドイツ刑法に近い考慮を施しても失当ではあるまい (Vgl. Schönlke/Schroder/Cramer/Sternberg/Lieben, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 26, Aufl. 2001, §323, c, S. 2467)。

(77) このような解釈が不可能であれば、刑法はその旨を規定していなければならない、すなわち「自己防衛」と「他人防衛」とは、主観的にも客観的にもその様態が異なるとすれば、少なくとも「他人防衛」の場合は、「相当性」や「相当性の原則」にあるいはある程度の「法益均衡性」などを明記すべきであろう。しかし、刑法はその点をまったく区別することなく規定しているため、その解釈も正当防衛と緊急救助は同じ解釈に従わねばならないのである。

(78) 正当防衛Ⅱ緊急救助における「防衛行為」Ⅱ「緊急救助行為」には、「必要性」と「相当性」、さらには「防衛の意思」Ⅱ「緊急救助の意思」が要求されることには、通説・判例の立場であるため、この厳格な要件を考察することによって、その成否を問擬することになる。この点につき、津田・前掲注(11)『研究』七三頁以下を参照されたい。なお、防衛行為の「必要性」と「相当性」の判例につき詳しい文献として、堀籠幸男Ⅱ中山隆夫「正当防衛」大塚仁Ⅱ河上和雄Ⅱ佐藤文哉Ⅱ古田佑紀編『大コンメンタール刑法第二版第二巻』(一九九九年)三六八頁以下を参照。

四 結 論

以上、われわれは、「被侵害者の意思と緊急救助」というテーマの下において、被侵害者の意思に反する場合に、果たして緊急救助権の行使は可能であるのか否かについて、若干の考察を試みてきた。そこで本稿のまとめとして、これまでに得られた結論を箇条書きにしてみよう。

1 正当防衛(自己防衛)と緊急救助(他人のための正当防衛)は、ドイツ刑法三二条二項およびわが刑法三六条一項に規定されており、その権限、成立要件、法的効果はまったく同一であり、その法的地位は同格である。⁽⁷⁹⁾

2 とすれば、正当防衛と緊急救助の正当化根拠は、「自己保存の原則」と「法確証の原則」という二つの原則を止

揚化した「両原則止揚説」の観点から、『社会的秩序または法秩序の防衛』という考え方が導き出される。

3 この「両原則止揚説」を基本として、緊急救助においては、被侵害者の意思は一切捨象されることになり、積極果敢な緊急救助行為が可能になる。すなわち、被侵害者の意思に関係なく、緊急救助は、「(全面)肯定説」の観点から捉えられることになる。⁽⁸¹⁾

4 この考え方を前提として、緊急救助の成否が問題になるが、それは緊急救助行為における「必要性」と「相当性」あるいは「緊急救助の意思」⁽⁸²⁾などの成立要件が慎重に吟味されることになる。⁽⁸²⁾

ところで、緊急救助に関しては残された問題も多い。それは、①そもそも、緊急救助(他人のための正当防衛)は、一体いかなる理由に基づいて法が許容しているのかという、法制史的な問題を始め、②自己防衛と他人防衛(他人のための正当防衛＝緊急救助)の本質的な構造の分析、③緊急救助と共犯の成立問題、④緊急救助行為の際に、第三者(被侵害者ではない)の法益侵害を伴った場合の法的処理などが挙げられるが、それはまた今後の研究課題であるといえよう。

(79) 因みに、「緊急救助」(他人のための正当防衛)は古代ギリシア、古代ローマ法にまで遡ることができる(津田・前掲注(11)『基本構造』一頁以下、Vgl. Suppet, a.a.O., S.43ff; Haas, a.a.O., S.19ff.)。

(80) この点に関するモノグラフィとして、朴秉植「正当防衛の本質について」明治大学大学院紀要第二七集(一九九〇年)二四七頁以下、同「刑法解釈学における正当防衛権の根拠づけについて」明治大学大学院紀要第二八集(一九九一年)二六五頁以下、同「社会倫理的制限の適用可能性の考察」明治大学大学院紀要第二九集(一九九二年)二二三頁以下が注目される。

(81) 津田・前掲注(11)『研究』一六〇—一六二頁。

(82) もっとも、わが国において、防衛行為における「相当性」の要件を否定的に捉えている立場もある(山中敬一『正当防衛の限界』(一九八五年)二九九頁)。

(83) 「緊急救助」の歴史的な展開につき、津田・前掲注(11)『研究』一頁以下、Haas, a.a.O., S.19ff, 53ff, Suppert, S.43ff.
 (84) この点に関する関連判例として、最決平成四年六月五日刑集四六卷四号二四五頁があり、「共犯と正当防衛」や「共犯と緊急救助」という問題となる。

(85) この点は、正当防衛と第三者という形で論じられているものと軌を一にする(大谷・前掲注(5)二九九頁、曾根威彦『刑法の主要問題「総論」』(一九八一年)五九頁、香川達夫『刑法解釈学の諸問題』(一九八一年)一二四頁以下)。

「明治大学法学部教授の菊田幸一先生が二〇〇五年三月末をもって目出たく退職を迎えられる。わたくしは、明治大学に奉職する際、公私に亘って菊田先生にお世話になった。先生が大学を去られることは誠に寂しい限りではあるが、先生の退職を記念し拙い論文を寄稿させて戴いた。果たして先生の学恩の一片でも報いることができる内容であるか否かは甚だ心もとないが、先生のご寛恕を乞いたい。先生のこれからの益々の御活躍を祈ってやまない。」